

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	JOSÉ WALINTON VIDAL MINOTA
DEMANDADOS	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-  SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310500001720190077001
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE ADICIONA Y CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 423

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverán los recursos de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales del demandante y de PORVENIR, así como la consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia condenatoria No. 116 del 28 de agosto de 2020, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

### SENTENCIA No. 307

## I. ANTECEDENTES

**JOSÉ WALINTON VIDAL MINOTA** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** -en adelante **COLPENSIONES**-, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** -en adelante **PORVENIR S.A.**-, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PORVENIR S.A.**, se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos y, se ordene reconocer la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

**COLPENSIONES** indica que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

**PORVENIR** se opone a las pretensiones. Señala que cumplió con el deber de información vigente a la fecha del traslado.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declara la ineficacia de la afiliación que **JOSÉ WALINTON VIDAL MINOTA** realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** y a ésta la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos que se hubieran causado y a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. También condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez como

beneficiario del régimen de transición en el equivalente al 90% del IBL que se obtenga con el promedio de toda la vida laboral o de los últimos 10 años, de acuerdo con el que resulte más favorable para el demandante, estando condicionado el disfrute de la pensión al retiro del riesgo de pensiones y del servicio de la entidad pública en la que actualmente labora, momento en el cual y para efectos del cómputo de su pensión se deberá incluir hasta la última semana de cotización.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de **JOSÉ WALINTON VIDAL MINOTA** solicita que se adicione el numeral 6º de la sentencia, en el sentido de condenar en costas a Colpensiones por haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P..

La apoderado judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación, alega que su representada sí cumplió con las obligaciones vigentes para el momento del traslado, que se le brindó una asesoría verbal de forma suficiente; que a la fecha de afiliación no estaba obligada a brindar información por escrito; que el demandante suscribió formulario de afiliación el cual de manera expresa indica que se realizaba de manera libre y voluntaria, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo cual, que no se puede tener como un simple requisito formal, ni desconocer las consecuencias jurídicas que esa afirmación produce.

Que en el caso de mantenerse la condena frente a la nulidad e ineficacia de la afiliación que no es dable devolver los gastos de administración por cuanto se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme a la ley y a una contraprestación de su gestión.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, Colpensiones presentó alegatos, en los que reiteró los argumentos expuestos en el juzgado.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia y si se debe o no condenar en costas a COLPENSIONES. También debe resolver si se debe o no ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante como beneficiario del régimen de transición.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado

y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

Así que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas de la aseguradora, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

*“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

En lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, esta Sala indica que la orden de devolver los gastos de administración se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más no como una consecuencia de una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, la nulidad del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por el demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema, Sala Laboral en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al

derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible.

Es procedente la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, por cuanto se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Así, dicha condena es objetiva, pues la entidad fue vencida en el presente proceso, tal como lo establece el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso.

### **DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993**

Según el documento que obra a folio 9 del expediente, el demandante nació el 14 de febrero de 1954 y contaba para el 1º de abril de 1994 con 40 años de edad, por lo tanto, cumplió con uno de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, benefició que conservó hasta el 31 de diciembre de 2014 porque a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005 contaba con 751 semanas cotizadas según se desprende de las historias laborales expedidas por PORVENIR y COLPENSIONES obrantes a folios 10 al 13 y 15 al 26 del expediente respectivamente, superando así las 750 semanas exigidas por el mencionado Acto Legislativo.

### **DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

De acuerdo a lo expuesto, el derecho pensional del demandante está gobernado por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exige en el caso de los hombres haber llegado a la edad de 60 años y tener cotizadas 500 semanas en los últimos 20 años anteriores a esta edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier época.

Requisitos que acredita el demandante de conformidad con el detalle del histórico de movimiento de la cuenta de ahorro individual a folios 206 a 233 del expediente. Sin embargo, como quiera que, al menos hasta el mes de junio de 2020 el actor seguía vinculado laboralmente al Hospital Municipal Luis Ablanque de la Plata E.S.E. y efectuando aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, se ordena el reconocimiento de la pensión de vejez de manera vitalicia, como beneficiario del régimen de transición desde el 14 de febrero de 2014 a razón de 13 mesadas anuales, sujetas a los reajustes anuales de ley, en el equivalente al 90% del IBL, -como quiera que al mes de junio de 2020 el actor ha cotizado más de 1.250 semanas (folios 206 a 233)-, IBL que se debe obtener del promedio de toda la vida laboral o de los últimos diez años, de acuerdo con el que resulte más favorable, reconocimiento y pago que debe estar condicionado al retiro del demandante del sistema de seguridad social en pensiones, momento en el cual y para efectos del cómputo de su pensión se deberá incluir hasta la última semana de cotización. En ese sentido, se confirma la decisión del a quo frente al reconocimiento pensional.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de JOSÉ WALINTON VIDAL MINOTA. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 116 del 28 de agosto de 2020, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se condena en costas a **COLPENSIONES**. Liquídense las mismas por la secretaría del juzgado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

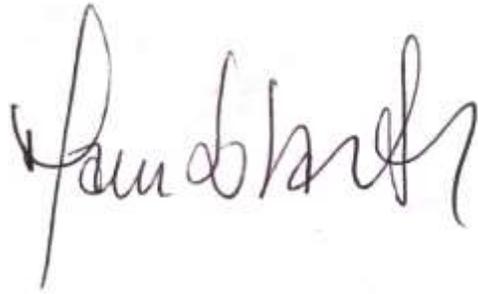
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

**Firmado Por:**

**German Varela Collazos**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 002 Laboral**

**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d685f48dd271c52e433b9d6f4a3fdf9d1aa8f3ce6f731f9a160  
d7a97ab7d0cb9**

Documento generado en 31/08/2021 05:01:11 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**